La lutte contre le terrorisme et le droit international

Les attentats terroristes du 11 septembre 2001, à New York et à Washington, et les opérations militaires américaines en Afghanistan soulèvent de très nombreuses questions en droit international. Il est intéressant, avant d'étudier les opérations militaires entreprises par les Etats-Unis et certains de leurs alliés en Afghanistan, de faire le point sur le droit international relatif au terrorisme.

I - Les conventions internationales relatives au terrorisme

Douze conventions internationales relatives au terrorisme ont été négociées depuis une trentaine d'années dans le cadre du système des Nations Unies :

- la Convention du 14 septembre 1963 relative aux infractions et à certains actes survenus à bords des aéronefs ;
- la Convention du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs ;
- la Convention du 23 septembre 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile ;
- la Convention du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques ;
- la Convention du 17 décembre 1979 contre la prise d'otages ;
- la Convention du 3 mars 1980 sur la protection physique des matières nucléaires ;
- la Convention du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime ;
- le Protocole du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental ;
- le Protocole du 24 février 1988, complémentaire à la Convention du 23 septembre 1971, pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale ;
- la Convention du 1er mars 1991 sur le marquage des explosifs plastiques aux fins de détection ;
- la Convention du 12 janvier 1998 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ;
- la Convention du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme.

A - Ces conventions sont qualifiées de « sectorielles »

Ces conventions sont qualifiées de « sectorielles », parce qu'elles concernent soit l'objet de l'attentat terroriste (les aéronefs, les navires, les plates-formes pétrolières), soit le moyen matériel utilisé pour commettre cet acte (la prise d'otages, l'utilisation d'explosifs). La Convention du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme, négociée et adoptée à l'initiative de la France, ne devrait pas, en tant que telle, être considérée comme une convention « sectorielle ». Elle relève, en effet, d'une approche plus « globale », puisqu'elle incrimine l'acte de financement des activités terroristes.

Deux autres conventions internationales relatives au terrorisme sont en cours de négociation aux Nations Unies.

La première, dont l'initiative revient à la Russie, concerne la répression des actes de terrorisme nucléaire. Il s'agit donc d'une autre convention « sectorielle ». Ce projet s'inspire largement de la Convention du 3 mars 1980 sur la protection physique des matières nucléaires et de la Convention du 12 janvier 1998 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif. Les divergences entre les délégations s'agissant de la question de l'exclusion des forces armées du champ d'application de la convention expliquent le blocage de la négociation depuis trois ans.

La seconde, dont l'initiative revient à l'Inde, relève d'une approche générale et plus ambitieuse. Le projet tente de viser tous les actes de terrorisme, aussi bien l'homicide (sans qu'un moyen spécifique soit employé, comme c'est le cas dans les conventions « sectorielles ») que les dommages à certaines installations ou infrastructures, aux biens privés ou à l'environnement, lorsque ces actes sont destinés à intimider une population ou à contraindre un gouvernement.

La future convention « indienne », dont la négociation se poursuivra cette année, permettrait de combler les lacunes des conventions « sectorielles » antérieures, sans pour autant se substituer à celles-ci. Certains problèmes restent néanmoins à régler, en particulier : la définition des infractions ; l'articulation de la future convention avec les conventions antérieures ; la dépolitisation des infractions pour les besoins de l'extradition et de l'entraide judiciaire ; la possibilité de refuser l'asile à tout individu impliqué dans des activités terroristes ; l'exclusion des forces armées.

B - Les principales caractéristiques des conventions internationales relatives au terrorisme

a) **Le caractère intentionnel de l'infraction ,** ce qui suppose que l'auteur de l'acte a agi en toute connaissance de cause.

b) Le principe « extrader ou juger »

A l'exception de la Convention du 14 septembre 1963, toutes les conventions internationales posent un tel principe : ainsi, dans l'hypothèse où un Etat refuserait d'extrader l'auteur de l'infraction, il devrait le juger. Ce principe est prolongé par la reconnaissance d'une compétence universelle au profit des juridictions nationales, normalement compétentes en vertu de la compétence territoriale et de la compétence personnelle (cf. séance n°5 sur l'affaire *Ira Einhorn*). Ces juridictions peuvent, ainsi, se déclarer compétentes lorsque l'infraction a été commise à l'étranger, par un étranger et sur victime personne étrangère, à condition que l'auteur de l'infraction soit trouvé sur le territoire national.

Les articles 689-3 à 689-7 du Code de procédure pénale dressent la liste des conventions internationales relatives au terrorisme qui font bénéficier les juridictions nationales d'une compétence universelle.

c) La dépolitisation des infractions

Ce principe, selon lequel les infractions ne seront pas considérées comme des infractions politiques pour les besoins de l'extradition ou de l'entraide judiciaire, n'a été retenu que dans les conventions les plus récentes. Cela dit, l'Etat requis conserve la possibilité de refuser l'extradition, puisqu'il peut juger lui-même l'auteur de l'infraction. Une « clause de sauvegarde » a été incluse dans les conventions les plus récentes (celles du 12 janvier 1998 et du 9 décembre 1999), qui permet à l'Etat requis de refuser l'extradition ou l'entraide judiciaire lorsqu'il estime que la demande d'extradition ou d'entraide a été présentée pour des raisons liées à la race, la religion, la nationalité, l'origine ethnique ou les opinions politiques de l'auteur de l'infraction.

d) Des dispositions détaillées relatives à l'extradition et à l'entraide judiciaire

e) **Des dispositions concernant la prévention des infractions,** qui obligent chaque Etat partie à prendre « toutes les mesures possibles » afin de prévenir ou contrarier la préparation, sur son territoire, des infractions destinées à être commises à l'intérieur ou à l'extérieur de son territoire. On trouve de telles dispositions dans la Convention du 12 janvier 1998 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif et dans celle du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme.

f) La possibilité de recourir à la Cour internationale de Justice pour régler les différends relatifs à l'interprétation ou l'application des dispositions des conventions

Jusqu'à une date récente, la France formulait systématiquement une réserve, refusant ainsi la compétence de la Cour (cf. séance n°5 sur les suites judiciaires de l'intervention de l'OTAN au Kosovo). Son attitude a évolué depuis la Convention du 12 janvier 1998 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif. Estimant qu'elle serait davantage en position de demandeur que de défendeur, la France a accepté la compétence de la Cour dans le cadre de cette convention, mais également dans celle du 17 décembre 1979 contre la prise d'otages et celle du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme.

C - Les dispositions relatives à l'asile

En fait, seul le projet indien contient des dispositions permettant de refuser l'asile à toute personne dont on a des raisons de croire qu'elle a participé à la commission d'un acte de terrorisme international. Les délégations négociant à New York ont des vues divergentes sur ces dispositions. On trouve déjà un tel principe dans la résolution 49/60 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1994, et dans les résolutions 1269 et 1373 du Conseil de sécurité.

D - La responsabilité de l'Etat

Aucune des conventions précitées ne consacre, en tant que telle, la responsabilité de l'Etat dans la commission d'actes de terrorisme international. Ces conventions sont des instruments de nature pénale qui ne concernent que la responsabilité des personnes physiques. Les dispositions qui, dans le projet indien, auraient permis d'engager la responsabilité de l'Etat en raison de son implication dans des activités terroristes ont été supprimées. Il est vrai que cette question est, en droit international, particulièrement controversée.

II - La prise en compte des problèmes de terrorisme par le Conseil de Sécurité avant le 11 septembre 2001

Il n'a pas fallu attendre les attentats de New York et de Washington pour que le Conseil de sécurité adopte des mesures d'ordre général pour lutter contre le terrorisme international.

Particulièrement caractéristique à cet égard est la résolution 1269, adoptée le 19 octobre 1999 et rappelée à plusieurs reprises depuis le 11 septembre dernier, par laquelle le Conseil :

« Profondément préoccupé par la multiplication des actes de terrorisme international, qui mettent en danger la vie et le bien-être des individus dans le monde entier ainsi que la paix et la sécurité de tous les Etats […],

Réaffirmant que l'élimination des actes de terrorisme international, y compris ceux dans lesquels sont impliqués des Etats, constitue une contribution essentielle au maintien de la paix et de sécurité internationales […]

1. Condamne énergiquement tous les actes ainsi que toutes les méthodes et pratiques de terrorisme […],

2. Demande à tous les Etats d'appliquer intégralement les conventions internationales de lutte contre le terrorisme […],

3. Souligne le rôle décisif de l'ONU dans le renforcement de la coopération internationale destinée à lutter contre le terrorisme […],

4. Demande à tous les Etats de prendre notamment, dans le contexte de cette coopération et de cette coordination, les mesures voulues […] ».

La résolution évoque ainsi diverses mesures de prévention et de répression, notamment dans le domaine du financement, de la coopération policière et des restrictions au droit d'asile pour les personnes qui auraient participé à des actes de terrorisme.

Si on en croit les discussions préparatoires qui ont précédé son adoption, cette résolution visant à élaborer « une sorte de manifeste antiterroriste déterminant les domaines prioritaires de coopération », selon les termes du délégué russe qui en était le principal promoteur. Par une déclaration de son président du 6 décembre 2000, le Conseil de sécurité réaffirmera la résolution 1269 ; il « se déclare à nouveau prêt à prendre […] les mesures voulues pour faire obstacle aux menaces terroristes dirigées contre la paix et la sécurité internationales, conformément aux responsabilités que lui confère la Charte des Nations Unies » et affirme qu'il « demeurera saisi de la question », intitulée « la responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité internationales incombant au Conseil de sécurité ». La résolution 1373 (2001) fait d'ailleurs explicitement référence à la résolution 1269 (1999).

Ces textes montrent que, sur le plan des principes, il est déjà arrivé que le Conseil de sécurité s'estime compétent pour adopter des mesures d'ordre général, tout comme il l'a du reste déjà fait dans d'autres domaines que la lutte contre le terrorisme.

III - Le conflit en Afghanistan

A - Historique

L'Afghanistan a connu une période de désordres et de luttes entre clans pour le pouvoir tout au long de la décennie 1990 après l'échec des régimes soutenus par les forces armées soviétiques. A partir de 1998, l'un de ces groupes, les Talibans, prend le dessus et occupe la capitale, Kaboul, et une grande partie du pays. Les Talibans instaurent un régime particulièrement sévère pour les populations dont les atteintes aux droits de l'homme et à ceux de la femme sont dénoncées par de nombreuses organisations non-gouvernementales engagées dans l'aide directe aux populations. Ils poursuivent activement la réduction des dernières enclaves échappant à leur autorité sans parvenir à les réduire. Les autorités talibanes représentent un pouvoir de fait qui n'est pas reconnu par l'ensemble de la communauté internationale. Le siège de l'Afghanistan aux Nations Unies continue à être occupé par l'ancien gouvernement présidé par le docteur Rabbani et seuls deux pays entretiennent des relations diplomatiques avec les autorités de Kaboul.

Dès le 8 décembre 1998, le Conseil de sécurité se saisit de la situation et adopte la résolution 1214. Celle-ci exige que : « *les Talibans, de même que les autres factions afghanes, cessent les hostilités, concluent un cessez-le-feu et reprennent les négociations sans délai ni condition préalable sous les auspices de l'ONU* ». Au sein de la mission spéciale des Nations Unies en Afghanistan créée par l'Assemblée générale, un groupe des affaires civiles est institué avec pour tâche de *« surveiller la situation, de favoriser le respect des normes humanitaires minimales et de décourager la répétition des violations massives et systématiques des droits de l'homme et du droit humanitaire ».*

Les talibans abritent également des mouvements de toutes sortes issus de la résistance à l'occupation soviétique dont certains poursuivent des opérations à caractère terroriste contre les intérêts des Etats Unis et d'autres pays occidentaux à travers le monde en se servant de bases en Afghanistan comme point d'appui et comme sanctuaire. C'est le cas d'un dissident saoudien Oussama bin Laden qui est l'instigateur d'attentats contre les ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie. A l'instigation des Etats Unis, le Conseil de sécurité adopte le 15 septembre 1999 la résolution 1267, agissant en vertu du chapitre VII. Il exige que *« les Talibans remettent sans plus tarder Oussama bin Laden aux autorités compétentes soit d'un pays où il a été inculpé, soit d'un pays qui le remettra à un pays où il a été inculpé, soit d'un pays où il sera arrêté et effectivement traduit en justice ».* Il impose un embargo sur les lignes aériennes afghanes et un gel des fonds et autres ressources financières des biens appartenant aux Talibans.

Aucune suite n'est donnée à ces exigences par les Talibans et de nouveaux attentats sont commis par des groupes liés à Oussama bin Laden pendant l'année 2000. La question est suivie avec attention aux Nations Unies qui jouent un rôle de forum diplomatique tout au long de la crise, alors que dans le cas du Kosovo ce rôle avait été surtout tenu par le groupe de contact des sept principales puissances concernées.

Le 19 décembre 2000, le Conseil adopte la résolution 1333, agissant dans le cadre du chapitre VII de la Charte. Il décide : *« que tous les Etats prendront de nouvelles mesures pour fermer immédiatement et totalement tous les bureaux des Talibans situés sur leurs territoires ; geler sans retard les fonds et autres actifs financiers d'Oussama bin Laden et des individus et entités qui lui sont associés, tels qu'identifiés par le comité, y compris l'organisation Al-Quaida »*. La situation en Afghanistan et celle d'un groupe terroriste donné sont ainsi jointes de façon nouvelle pour le droit international puisque l'action du Conseil porte sur un pouvoir de fait pour l'inciter à éliminer une organisation non-gouvernementale criminelle qu'il abrite sur son territoire. Les dispositions des résolutions 1267 et 1333 sont réaffirmées par la résolution 1363, le 30 juillet 2001, qui crée un mécanisme aux fins de suivre la mise en œuvre des mesures énoncées dans ces résolutions. Ainsi, à la veille des événements du 11 septembre, la situation en Afghanistan, tant sur le plan humanitaire que sur celui des menaces à la paix suscitées par des mouvements terroristes abrités sur son territoire, était activement suivie par le Conseil de sécurité et avait fait l'objet de plusieurs résolutions placées dans le cadre du chapitre VII. Celles-ci n'avaient pas été mises en œuvre par le pouvoir Taliban qui continuait à abriter Oussama bin Laden et refusait toute coopération avec ceux qui le recherchaient.

B - La suite des attentats du 11 septembre

a) Les attentats du 11 septembre par leur exceptionnelle gravité marquent une rupture dans la vie internationale et provoquent une forte réaction de la part des Etats Unis et des autres pays affectés par les risques du terrorisme de masse. Dès le 12 septembre le Conseil de sécurité, placé sous la présidence de la France, se réunit et adopte une résolution d'une portée exceptionnelle, la résolution 1368. Le Conseil de sécurité : *« reconnaissant le droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte… condamne catégoriquement dans les termes les plus forts les épouvantables attaques terroristes qui ont eu lieu le 11 septembre 2001… et considère de tels actes, comme tout acte de terrorisme international, comme une menace à la paix et à la sécurité internationale »*. Il appelle tous les Etats à travailler ensemble pour traduire en justice les auteurs, organisateurs et commanditaires des attaques terroristes, il appelle la communauté internationale à redoubler d'efforts pour prévenir et éliminer les actes terroristes.

La qualification d'atteinte à la paix et à la sécurité internationales donnée aux actes de terrorisme qui viennent d'intervenir n'est pas une innovation dans la pratique du Conseil de sécurité. Dans ses résolutions 748 et 883, concernant la Libye, il avait déjà fait usage de cette qualification. De même, la résolution 1269 sur l'Afghanistan qualifiait aussi les actes de terrorisme international de *« menace à la paix et à la sécurité internationales »*. Des organisations non-gouvernementales agissant de façon criminelle peuvent désormais représenter des menaces contre la paix et la sécurité internationales. Sans que cela soit encore mentionné, il apparaît que les Etats qui les protègent ou les assistent participent à cette menace.

La résolution 1368 ne qualifie pas d'acte d'agression armée les attaques dont les Etats Unis ont été l'objet mais elle affirme néanmoins, implicitement que les Etats

Unis ont le droit de riposter sur la base de l'article 51 de la Charte. La référence à la légitime défense individuelle et collective a pour effet de laisser le soin aux Etats membres d'agir conformément à leurs intérêts sans qu'il soit précisé s'ils devront rendre compte au Conseil de sécurité. Elle ouvre la voie à des actions menées par les Etats Unis et se contente de leur fournir un cadre très général de légitimation. La notification adressée par les Etats Unis au Conseil de sécurité le 6 novembre 2001, à la veille du démarrage de leurs opérations militaires en Afghanistan fait référence, en premier lieu, à l'article 51 de la Charte *« visé par la résolution 1368 »*. La Grande-Bretagne et la France ont adopté la même formulation.

b) La résolution 1373, en date du 28 septembre qui se place dans le cadre du chapitre VII porte sur les mécanismes de financement du terrorisme et la lutte contre les personnes qui y participent. Elle demande aux Etats de geler les fonds des personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme et d'interdire à leurs nationaux d'avoir des rapports avec eux. Elle crée un comité du contre-terrorisme pour examiner l'ensemble des rapports soumis par les Etats sur la mise en œuvre de cette résolution.

« [...] Agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies [il]

1. Décide que tous les Etats

a) préviennent et répriment le financement des actes de terrorisme ;

b) érigent en crime la fourniture ou la collecte délibérée par leurs nationaux ou sur leur territoire, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes de terrorisme [...] ;

2. Décide également que tous les Etats :

a) S'abstiennent d'apporter quelque forme d'appui que ce soit, actif ou passif, aux entités ou personnes impliquées dans des actes de terrorisme, notamment en réprimant le recrutement de membres de groupes terroristes et en mettant fin à l'approvisionnement en armes des terroristes ;

b) Prennent les mesures voulues pour empêcher que des actes de terrorisme ne soient commis, notamment en assurant l'alerte rapide d'autres Etats par l'échange de renseignements ;

c) Refusent de donner asile à ceux qui financent, organisent, appuient ou commettent des actes de terrorisme ou en recèlent les auteurs ;

d) Empêchent que ceux qui financent, organisent, facilitent ou commettent des actes de terrorisme n'utilisent leurs territoires respectifs pour commettre de tels actes contre d'autres Etats ou contre les citoyens de ces Etats ;

e) Veillent à ce que toutes personnes qui participent au financement, à l'organisation, à la préparation ou à la perpétration d'actes de terrorisme ou qui y apportent un appui soient traduites en justice, à ce que, outre les mesures qui pourraient être prises contre ces personnes, ces actes de terrorisme soient érigés en crimes graves dans la législation et la réglementation nationales et à ce que la peine infligée soit à la mesure de la gravité de ces actes […] ;

3. Demande à tous les Etats :

[…]

d) De devenir dès que possible parties aux conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme, y compris la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme en date du 9 décembre 1999 […] ».

Le 12 novembre 2001, dans sa résolution 1377, le Conseil adopte une déclaration contenant une série de mesures générales adressées aux Etats afin de lutter contre le terrorisme. Le Conseil demande notamment aux Etats « de prendre d'urgence des mesures afin d'appliquer pleinement la résolution 1373 » et invite le Comité contre le terrorisme, créé en application de la résolution 1373, à examiner les moyens d'aider les Etats à cet effet. Le 10 janvier 2002, le Comité avait reçu 117 rapports portant sur la manière dont les gouvernements entendaient combattre le terrorisme.

La politique engagée par le Conseil de sécurité après le 11 septembre dernier est remarquable. Dans sa résolution 1373 (2001), en particulier, il impose le respect d'une série de règles contenues dans la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme en date du 9 décembre 1999, qui n'avait été ratifiée à la date de l'adoption de la résolution que par quelques rares Etats. Le paragraphe 2 de la résolution ne fait en effet que reproduire, parfois mot pour mot, certaines dispositions de cet instrument de mesures à vocation obligatoire, précédées d'une référence expresse au chapitre VII de la Charte, à l'instar de ce qu'on retrouve dans la résolution 1373 (2001) précitée.

Au vu de ces éléments, on peut considérer que les évènements du 11 septembre ont marqué une volonté du Conseil de sécurité de renforcer son pouvoir normatif. S'il était déjà arrivé qu'il adopte des mesures à portée générale dans le passé, ces mesures restaient à vocation non contraignante ou, dans des cas exceptionnels, se contentaient de rappeler aux Etats des obligations préexistantes. Avec la résolution 1373 (2001), le Conseil semble vouloir se poser en véritable « législateur international », apte à engager les Etats membres de l'ONU à respecter des règles de droit international qui ne leur étaient pas opposables. Alors qu'auparavant il paraissait accepter de s'inscrire dans un cadre normatif dont l'élaboration restait essentiellement de la compétence des Etats, éventuellement par

l'intermédiaire de l'Assemblée générale, il paraît désormais se poser en centre de gravité de la création de nouvelles règles juridiques. Dans cette perspective, les modes traditionnels de création des engagement juridiques, qu'ils soient conventionnels ou même coutumiers, semblent contournés au nom de la nécessité de lutter contre le terrorisme, objectif lui-même présenté comme indispensable au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

La résolution 1378 du 14 novembre 2001 est la première qui vise la situation dans ce pays. Le Conseil de sécurité « exprime son ferme appui aux efforts du peuple afghan visant à établir une administration de transition conduisant à la formation d'un gouvernement », affirme le rôle central que l'ONU est amenée à jouer à cet égard, demande aux Etats membres d'appuyer le processus, et les encourage à appuyer les efforts visant à assurer la protection et la sécurité des zones de l'Afghanistan qui ne sont plus tenues par les Taliban, dont la capitale Kaboul.

Dans la résolution 1383 du 6 décembre 2001, le Conseil fait sien l 'accord de Bonn conclu la veille entre les différentes factions des nouvelles autorités afghanes, demande à « tous les groupes afghans » de les respecter et à tous les donateurs de contribuer au redressement et à la reconstruction de l'Afghanistan.

Dans sa résolution 1386 du 20 décembre 2001, le Conseil de sécurité prend acte de l'accord des autorités afghanes au sujet du déploiement d'une Force internationale de sécurité, autorise le déploiement de cette dernière « pour aider l'Autorité intérimaire afghane à maintenir la sécurité à Kaboul et sans ses environs » et, dans ce contexte, « autorise les Etats membres qui participent à la Force internationale d'assistance à la sécurité à prendre toutes les mesures nécessaires à l'exécution du mandat de celle-ci ».

Enfin, le Conseil de sécurité a levé certaines sanctions qu'il avait édictées en 1999 et en 2000 - par des résolutions qui seront rappelées ci-dessous - à l'encontre des Talibans dans la résolution 1388 du 15 janvier 2002.

A la lecture de l'ensemble de ces textes, auxquels on peut ajouter les procès verbaux des séances concernées ainsi que certaines déclarations du Président du Conseil à la presse, on est frappé de constater que l'action militaire menée par les forces armées nord-américaines et britanniques à partir du 7 octobre n'est pas mentionnée . On peut donc considérer que le Conseil de sécurité ne l'a pas autorisée, ni condamnée, ni véritablement approuvée, encore moins limitée ou réglementée ; il semble plutôt l'avoir tout simplement ignorée.

En dépit de certaines prises de position parfois avancées, l'absence d'autorisation ne saurait en tout cas faire de doute. Ni les Etats Unis ni le Royaume-Uni ni un quelconque Etat n'a jamais formulé de demande en ce sens et, comme on l'aura relevé, le Conseil n'a d'ailleurs pris aucune résolution concernant spécifiquement la situation en Afghanistan (qu'il s'agisse des talibans ou de Al Qaeda) avant le 14 novembre, date à laquelle les talibans avaient déjà perdu le pouvoir à Kaboul au profit des nouvelles autorités désormais considérées comme les seuls interlocuteurs légitimes. *A fortiori*, on ne peut déceler aucune autorisation

donnée aux Etats de prendre « toutes les mesures nécessaires » pour mettre fin aux activités terroristes menées à partir de l'Afghanistan. La seule autorisation qui a été donnée a été celle d'assister la Force intérimaire de sécurité qui, elle-même, a pour mandat d'aider les autorités afghanes. Si on envisage la période qui suit le 11 septembre 2001, les Talibans n'ont donc fait l'objet d'aucune sanction internationale particulière nouvelle, ni économique, ni politique ni *a fortiori* militaire.

Peut-on cependant considérer que le Conseil de sécurité, à défaut de l'autoriser, aurait approuvé la guerre menée par les Etats Unis contre les Talibans ? Dans la mesure où les textes pertinents ne citent même pas cette opération, il est difficile de la démontrer.

En réalité, la lecture de l'ensemble des textes donne l'impression que le Conseil de sécurité a souhaité éviter de se prononcer sur la légalité de l'action militaire anglo-saxonne. Silencieux pendant de nombreuses semaines, le Conseil finit, à la mi-novembre, par envisager le conflit comme s'il ne faisait qu'opposer les Talibans, d'une part, au « peuple afghan » d'autre part. Le conflit armé international n'est jamais envisagé, alors que le conflit armé interne l'est très clairement. C'est ainsi que l'on insiste sur la nécessité pour les « forces afghanes » de respecter les droits de l'homme et le droit humanitaire, sans mentionner les armées des Etats étrangers. Celles-ci, à défaut d'être désignées, agissent donc en parallèle, sans être aucunement limitées ou encadrées par le Conseil de sécurité. Contrairement à ce qu'on a pu observer dans le cadre d'autres conflits internationaux (guerre du Golfe, actions en Somalie ou en Bosnie-Herzégovine, …) aucune limite ni condition n'est posée par l'ONU aux modalités de l'action militaire.

IV - Le cas des personnes détenues par les autorités américaines

Les autorités américaines ont décidé de transférer sur la base américaine de Guantanamo (Cuba) les personnes arrêtées en Afghanistan. Il convient de préciser quelques règles susceptibles de s'appliquer à ces détenus français. Les règles du droit international humanitaire, notamment les Conventions de Genève de 1949, auxquelles les Etats-Unis sont parties, semblent pertinentes dans le cas d'espèce, compte tenu de la nature militaire des opérations menées par les Etats-Unis en territoire afghan, qui ont conduit à l'arrestation de ces personnes.

A - Le statut de prisonnier de guerre et l'applicabilité de la IIIème Convention de Genève de 1949

a) L'article 4 de la IIIème Convention de Genève de 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre pose comme principe que certaines personnes doivent être

considérées comme des prisonniers de guerre par la « puissance détentrice ». La puissance détentrice est l'Etat dont les forces armées les ont capturées.

Ces personnes peuvent être notamment :

- des membres des forces armées d'une partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées ;
- des membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, pourvu qu'ils remplissent certaines conditions (avoir à leur tête une personne responsable, avoir un signe distinctif et reconnaissable à distance, porter ouvertement les armes, se conformer aux lois et coutumes de la guerre) ;
- - des membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la puissance « détentrice »

L'article 5 de la IIIème Convention de Genève dispose qu'en cas de doute sur le statut du combattant capturé, celui-ci doit bénéficier du statut du prisonnier de guerre jusqu'à ce qu'un tribunal compétent ait déterminé son statut.

Dans le « mémorandum sur les règles de droit international humanitaire qui doivent être respectées par les Etats participant aux hostilités militaires en Afghanistan », qu'il a rédigé en novembre 2001, le CICR rappelle que « les combattants capturés ont droit au statut de prisonnier de guerre et doivent être traités conformément aux dispositions de la IIIème Convention de Genève ».

b) Les Etats Unis tiennent un raisonnement différent

S'agissant des détenus talibans, ils reconnaissent que la IIIème Convention leur est applicable mais affirment qu'ils n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre (parce qu'ils ne rempliraient pas les critères de l'article 4). Cette affirmation paraît très discutable. La IIIème Convention ayant pour objet de définir le statut de prisonnier de guerre, on ne voit pas en effet comment elle serait applicable à des détenus sans que ceux-ci aient le statut de prisonnier de guerre. S'agissant des membres d'Al Qaida, la position américaine consiste à leur dénier le statut de prisonnier de guerre au motif qu'Al Qaida n'est pas un Etat partie à la IIIème Convention. Cette dernière allégation (sur le statut d'Al Qaida) ne semble pas suffisante pour exclure ces personnes du bénéfice de la IIIème Convention si celles-ci remplissent l'un des critères énoncés à l'article 4.

Les Etats Unis ajoutent que l'article 5 ne peut trouver à s'appliquer parce qu'il n'existe aucun doute sur le fait que les détenus ne relèvent pas du statut de prisonnier de guerre. Or, il n'est pas possible d'affirmer que le doute est exclu.

B - Le régime pénal applicable aux prisonniers de guerre

Le prisonnier de guerre ne peut pas être jugé par la « puissance détentrice » en raison de sa seule participation aux hostilités. En effet, la IIIème Convention de Genève pose comme principe que la participation aux hostilités n'est pas, en tant que telle, punissable.

Le combattant capturé ne bénéficie pas, pour autant, d'une immunité pénale. L'article 85 de la IIIème Convention de Genève précise que les prisonniers de guerre peuvent être poursuivis en vertu de la législation de la « puissance détentrice » pour des actes qu'ils ont commis avant d'être capturés. L'article 99 ajoute qu'aucun prisonnier de guerre ne peut être poursuivi ou condamné pour un acte qui n'est pas réprimé par la législation de la « puissance détentrice » ou par le droit international en vigueur au jour où cet acte a été commis.

Un combattant capturé peut être poursuivi et jugé par les autorités de la « puissance détentrice » au sens de la IIIème Convention de Genève dans les cas où il s'est rendu coupable de l'un des faits suivants :

- les violations du droit international humanitaire applicable en période de conflit armé commises avant sa capture ;
- - les autres violations du droit international commises avant sa capture. Il est généralement considéré que l'on vise ici le crime de génocide et les crimes contre l'humanité. Certains auteurs estiment qu'il est possible d'inclure également dans cette catégorie le trafic de stupéfiants et le terrorisme ;
- - toute infraction de droit commun visée par la législation pénale de la « puissance détentrice ». Il est généralement considéré que les actes reprochés au combattant capturé doivent être incriminé dans la législation de l'Etat dont il est ressortissant.

Le prisonnier de guerre poursuivi et jugé par la « puissance détentrice » à raison d'un acte commis avant sa capture ne perd pas, pour autant, son statut de prisonnier de guerre.

Les prisonniers de guerre doivent normalement être jugés par des tribunaux militaires offrant des garanties d'indépendance et d'impartialité, et dont la procédure permet d'assurer aux accusés une défense adéquate. La IIIème Convention fixe également des règles en matière de droits de la défense. Le prisonnier de guerre peut toutefois être jugé par un tribunal civil si la législation de la puissance détentrice autorise expressément les tribunaux civils à juger un membre des forces armées de cette puissance pour la même infraction que celle pour laquelle le prisonnier de guerre est poursuivi.

Dans le cas où il est condamné, le prisonnier de guerre continue de bénéficier du régime de la IIIème Convention.

Les personnes détenues à Guantanamo pouvant, selon moi, être considérées comme des prisonniers de guerre, leur jugement devrait avoir lieu devant les tribunaux américains compétents pour juger les membres des forces armées américaines (cf. article 102 de la IIIème Convention de Genève). Or les tribunaux militaires institués par le Président Bush le 13 novembre 2001 sont différents des tribunaux militaires compétents pour juger les membres des forces armées américaines. Si les personnes considérées se voyaient reconnaître le statut de prisonnier de guerre, elles ne pourraient pas être jugées par les tribunaux spéciaux institués par le Président Bush.

Par ailleurs, la procédure devant ces tribunaux spéciaux a récemment été précisée. Il est à craindre que cette procédure ne permette pas d'assurer pleinement le respect des droits fondamentaux garantis, notamment, par le Pacte des Nations Unies de 1966 sur les droits civils et politiques.

En conclusion, on peut dire que les autorités américaines ne devraient pas poursuivre et juger des personnes pour la seule raison qu'elles ont combattu dans les forces talibanes contre les forces armées américaines. Les personnes détenues ayant combattu en Afghanistan devraient se voir reconnaître la qualité de combattant et donc bénéficier du régime de la IIIème Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, et ce même si elles sont soupçonnées d'avoir participé à des activités terroristes avant leur capture. L'attribution de ce statut n'interdirait pas leur jugement par les tribunaux militaires américains pour des infractions qu'elles auraient pu commettre.